

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <http://www.researchgate.net/publication/260496480>

Wie viel Gleichheit braucht das Internet? Netzneutralität als Stellschraube für die Zukunft des Internets, Original abgedruckt im VerwArch. 2011, S. 315 – 342

DATASET · NOVEMBER 2011

READS

21

1 AUTHOR:



Mario Martini

Deutsche Universität für Verwaltungswisse...

12 PUBLICATIONS 0 CITATIONS

SEE PROFILE

Wie viel Gleichheit braucht das Internet?

Netzneutralität als Stellschraube für die Zukunft des Internets

Von Prof. Dr. *Mario Martini*, Speyer*

I. Einführung – das Netz auf dem Weg zu den Grenzen seiner Leistungsfähigkeit

1. Netzausbau als Königsweg
2. Netzmanagement als neue technische Alternative

II. Leitidee und Inhalt des Prinzips der Netzneutralität

III. Regulierungsbedarf?

1. Ist Netzneutralität rechtspolitisch wünschenswert?

- a) Erhöhung der Übertragungseffizienz und wirtschaftliche Freiheit der Internet Service Provider
- b) Innovationsdynamik und seine Funktion als Mittler demokratischer Teilhabe
- aa) Ökonomische Rechtfertigung des Gedankens der Netzneutralität
- bb) Demokratietheoretische Rechtfertigung und grundrechtliche Implikationen – Netzneutralität als Problem einer Grundrechtskollision

2. Wettbewerb als hinreichendes Bollwerk zur Sicherung eines de facto-Regimes der Netzneutralität?

IV. Regulierungsinstrumente

1. Ein Blick über den großen Teich: Die Situation in den USA

2. Die Situation in Deutschland

- a) Durchsetzung des Gedankens der Netzneutralität mit den Instrumenten des bestehenden TKG
- b) Neuer Regulierungsrahmen der Europäischen Union und des deutschen Gesetzgebers

V. Regulierungsperspektiven: Wegmarken de lege ferenda empfehlenswerter Regelungsstrategien

* *Mario Martini* ist Inhaber eines Lehrstuhls für Verwaltungswissenschaft, Staats-, Verwaltungs- und Europarecht an der DHV Speyer. Der Beitrag gibt den (um Fußnoten und Ergänzungen angereicherten) Inhalt seiner Antrittsvorlesung vom 8. 6. 2011 wieder.

1. Blockierung des Datentransports, insbesondere von Konkurrenzangeboten
2. Priorisierung bzw. Verlangsamung des Datentransports
3. Kostenpflichtigkeit des Zugangs zum Endkunden – entgeltliche Priorisierung

VI. Fazit

Keine technische Erfindung der Postmoderne verändert unser Leben so nachhaltig wie das Internet. Es verwandelt einen schlichten Computer in einen kommunikativen Alleskönner, von dem aus nahezu jedwede Teilhabe an sozialen Interaktionsprozessen möglich ist. Das Internet ist ein Shopping Center, eine Enzyklopädie, ein Flirtcafé, eine Showbühne, ein Kino, ein Flohmarkt und ein Stammtisch ebenso wie eine Spielhalle und ein Wettbüro. Es öffnet das Tor zu einer Welt bislang ungeahnter Kommunikationsmöglichkeiten. Damit ist es zu einem der wichtigsten öffentlichen Räume sozialer Begegnung und demokratischer Teilhabe, gleichsam einer virtuellen *agora*, geworden.

1. Einführung – das Netz auf dem Weg zu den Grenzen seiner Leistungsfähigkeit

Mit der Vielfalt seiner Anwendungen vervielfacht sich auch der Datenverkehr, den das Netz zu bewältigen hat. Bereits jetzt werden allein in Deutschland jährlich 2,6 Milliarden Gigabyte (GB) über die Netze verschickt. Bis zum Jahr 2020 erwarten Experten eine Steigerung des Datenaufkommens um mindestens den Faktor 20.¹ Der anschwellende Datenverkehr bringt die Netzinfrastruktur an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit. Das gilt längst nicht alleine für den Festnetz-, sondern in besonderer Weise auch für den Mobilfunkbereich, der mit internetfähigen Handys (sog. Smartphones) gegenwärtig das Internet gleichsam auf die Straße bringt und damit einen regelrechten Boom erlebt. Ein Datenstau scheint programmiert. Vor allem für die Entwicklung vieler moderner datenintensiver Dienste, wie Voice over IP (VoIP), Video Streaming, Internet-Fernsehen (IP-TV), Cloud Computing oder E-Health-Anwendungen, wäre dies verhängnisvoll. Denn sie sind auf die zeitgerechte Übertragung von Signalen angewiesen. Ihr enormes gesellschaftliches und wirtschaftliches Entwicklungspotenzial könnten sie gar nicht erst

¹ <http://www.heise.de/netze/meldung/DE-CIX-Internet-Verkehr-waechst-bis-2015-um-den-Faktor-20-1179473.html> (4. 4. 2011); vgl. auch *Europäische Kommission*, The open internet and net neutrality in Europe, COM (2011) 222 final, 3.

entfalten, wenn das Netz eine zuverlässige und schnelle Datenübermittlung nicht gewährleisten würde. Die Vision eines Verkehrsinfarkts weckt die Sorge vor einem »Patienten Internet«. Eine intelligente Stauprophylaxe tut Not.²

Der wachsenden Datenmenge im Netz lässt sich prinzipiell mit zwei Rezepten Herr werden: durch eine Erweiterung der physischen Netzkapazität (unten 1.) und/oder durch eine effizientere Ausnutzung der bestehenden Netzkapazitäten (unten 2.).

1. Netzausbau als Königsweg

Der Netzausbau ist grundsätzlich der Königsweg. Er hat jedoch Grenzen bzw. Tücken: Im *Mobilfunkbereich* ist die Bandbreite schon physikalisch begrenzt. Im *Festnetzbereich* ist der Ausbau mit sehr hohen Kosten verbunden, die erst amortisiert werden müssen. Und das wird immer schwerer: Die Kunden sind regelmäßig nicht bereit, für höhere Bandbreiten tiefer in die Tasche zu greifen. Sie erwarten zwar eine Flatrate mit hoher Übertragungsqualität, ihre Zahlungsbereitschaft ist aber – wie sich auch in empirischen Untersuchungen zeigt³ – sehr limitiert. Die Kosten des Netzausbaus lassen sich unter diesen Prämissen nur schwer erwirtschaften. Die Margen sind sehr eng und die Aussicht auf eine Pionierrente gering. Netzbetreiber bringen das auf die Kurzformel: »Wer gräbt, verliert«. Volkswirtschaftlich erwünschte, aber kostspielige Investitionen in die Breitbandinfrastruktur werden in der Folge nicht in dem notwendigen Umfang unternommen. Die Nachfrage wächst damit stärker, als der Leistungsausbau voranschreitet – ein Infarkt der Lebensadern der Volkswirtschaft ist dann nicht mehr ausgeschlossen.

2. Netzmanagement als neue technische Alternative

Weniger kostenintensiv und damit sehr reizvoll erscheint da der Ansatz, Vorfahrtsregeln für die Datenübertragung einzubauen, also die wachsenden Datenmengen im Netz mit unterschiedlicher Priorität zu übertragen.

Bislang arbeitet das Internet inhaltsblind. Alle Datenpakete werden im Grundsatz zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Geschwindigkeit bestmöglich übertragen (sog. Best-

² Eine entsprechende unionsrechtliche Verpflichtung zur Schaffung funktionsfähiger transeuropäischer Netze lässt sich dem Art. 170 AEUV entnehmen. Verfassungsrechtlich erwächst aus dem Art. 87f GG eine Gewährleistungsverantwortung des Staates für ein Mindestmaß an telekommunikationsrechtlichen Dienstleistungen. Sie umschließt nicht ein Hochgeschwindigkeitsinternet, wohl aber ein Mindestmaß an Universaldiensten, die zur Teilhabe an Kommunikationsprozessen erforderlich sind.

³ Bei einer repräsentativen Marktuntersuchung von United Internet lehnen es 38 % aller Befragten rundweg ab, für schnelleres Internet einen höheren Preis zu zahlen. Für die meisten anderen (nämlich 30,9 %) ist die Schmerzgrenze schon mit zusätzlichen fünf oder sechs Euro im Monat erreicht. Vgl. FAZ vom 8. 2. 2011, S. 17.

Effort-Übertragung). Die bestehende Netzkapazität wird also unter den nachfragenden Anwendungen in gleichem Verhältnis aufgeteilt, d. h. repartiert. Wenn die Übertragungskapazität einmal nicht ausreicht, um die Nachfrage zu befriedigen, gilt: »Wer zuerst kommt, mahlt zuerst«. Die zuerst eingehenden Datenpakete werden sofort übertragen und die anderen (nach Zwischenspeicherung in einem Puffer) verzögert zugestellt (First-in-first-out-Prinzip). Bei zeitkritischen Anwendungen, wie VoIP-Telefonaten oder IP-TV-Anwendungen, kann es dann zu Störungen bis hin zum endgültigen Verlust von Datenpaketen kommen.

Neue Techniken machen nunmehr eine Verkehrssteuerung (sog. Access tiering) möglich: Die zu übertragenden Datenpakete können auf ihren Inhalt untersucht und auf dieser Grundlage priorisiert werden. Auf diese Weise können anspruchsvolle Anwendungen, die auf eine zeitgerechte Übertragung des Datenverkehrs angewiesen sind, in einer angemessenen Qualität angeboten werden. Knappe Transportkapazitäten werden effizient genutzt, ohne dafür die physische Leistungsfähigkeit des Netzes erhöhen zu müssen.⁴ Insbesondere für die Überwindung temporärer Belastungsspitzen scheint ein solches Modell der Verkehrslenkung prädestiniert – so wie wir auch im Straßenverkehr zunächst über Maßnahmen der Verkehrslenkung nachdenken, bevor wir eine neue Fahrspur planen und errichten. Die Konzepte des Netzmanagements finden sowohl im Festnetzbereich als auch bei der mobilen Nutzung des Internets via Smartphone oder Tablet-PC teilweise bereits Anwendung. Die Einführung des neuen Internetprotokolls IPv6 erweitert die Möglichkeiten dieses Netzmanagements zusätzlich. Es macht Transportklassen im sog. Header, dem »Briefumschlag« eines Datenpakets, leicht identifizierbar und vereinfacht dadurch Priorisierungen.

Mit solchen Techniken des Access tiering verbinden sich aber zugleich Gefahren. Was zunächst so unscheinbar als neue technische Spielart daherkommt, hat eine hohe Sprengwirkung. Denn die Priorisierung eines Dienstes geht notwendigerweise mit einer (wenn auch nur sehr geringfügigen) Posteriorisierung anderer Anwendungen einher. Es handelt sich im Klartext um Techniken der Datendiskriminierung: Die Kommunikationsströme werden auf verschiedene Ränge aufgeteilt und unterschiedlich schnell übertragen. Das verändert die Rolle der Internet Service Provider, wie der Deutschen Telekom, Vodafone, Kabel Deutschland & Co., als Nadelöhr der Internetkommunikation

⁴ *Simon Schlauri*, Network Neutrality, 2010, S. 32; *Walter Brenner/Malte Dous/Rüdiger Zarnekow/Jörn Kruse*, Qualität im Internet, 2007, S. 30.

nachhaltig. Es eröffnet ihnen einen Strauß von Möglichkeiten, den Datenverkehr zu steuern. Internet Service Provider stellen dann nicht mehr nur die Infrastruktur für die Übertragung von Inhalten zur Verfügung, sondern erhalten als »Verkehrspolizisten« des Internets technisch auch die Möglichkeit, den Inhalt, der in ihren Leitungen transportiert wird, zu kontrollieren und damit die Kommunikationsstruktur des Internets tiefgreifend zu verändern.

Als wirtschaftlich agierende, der Gewinnmaximierung verschriebene Unternehmen sind sie dabei der Versuchung ausgesetzt, ihre Verkehrslenkungsfunktion für ihre wirtschaftlichen Ziele auszunutzen. Insbesondere soweit sie selbst Anwendungsdienstleistungen anbieten und damit vertikal integrierte Unternehmen sind, verspüren sie einen sehr starken Anreiz, ihre Mittlerposition zwischen ihren Endkunden einerseits und den Anbietern von Internetanwendungen andererseits zur Beschränkung des intermodalen Wettbewerbs zu missbrauchen (sog. Leverage Effekt).⁵ So könnten sie Konkurrenzangebote zum Schutz eigener Angebote gezielt langsamer übertragen (im Einzelnen unten V.2.) oder gar blockieren (unten V.1.) und damit Anwendungsmärkte beeinflussen. Der Netzbetreiber könnte auch für den Zugang der Inhaltsanbieter zu ihren Kunden ein Entgelt erheben und etwa dafür sorgen, dass die Durchleitung von Datenströmen generell, jenseits bestimmter Mengen oder in bestimmter Qualität nur noch kostenpflichtig erfolgt (unten V.3.). Das Schreckgespenst »digitaler Mautstellen« und »Zollkontrollen« im Internet nähme dann Gestalt an.

Diese Befürchtungen sind jedenfalls nicht alleine theoretische Gedankenspiele. Diskriminierungen von Inhaltsanbietern durch Netzbetreiber sind in Einzelfällen durchaus bereits ruchbar geworden.⁶ Als etwa Skype die erste Version seiner Internettelefonie-Software für mobile Telefone auf dem Markt lancierte, blockierte T-Mobile zunächst die Nutzung dieses Programms auf dem iPhone, um dem attraktiven Dienst keine Verbreitung im eigenen Netz zu ermöglichen und das eigene Geschäftsmodell nicht zu kannibalisieren. Auch Fälle gleichsam »privater politischer Zensur« durch Internet Service Provider sind durchaus Realität. So zensierte der amerikanische Internet Service Provider AT&T im Jahr 2007 einen Song der beliebten amerikanischen Rockgruppe »Pearl Jam«, der sich kritisch mit dem Krisenmanagement des

⁵ Vgl. etwa Ralf Dewenter/Thomas Jaschinski/Nadine Wiese, Wettbewerbliche Auswirkungen eines nichtneutralen Internets, 2009, S. 4; mit einzelnen Fallgruppen *Schlauri* (Fußn. 4), S. 130 ff.

⁶ Vgl. zu weiteren Beispielen aus der Praxis *Schlauri* (Fußn. 4), S. 156 ff.

amerikanischen Präsidenten Bush bei der Bewältigung der Folgen des Tropensturms »Katrina« auseinandersetzte. Als der Sänger zu dem Text anhub: »George Bush, leave this world alone. George Bush, find yourself another home«, schaltete AT&T den Ton ab.⁷

Auch »Wegezüge« für die bevorzugte Übertragung von Daten oder bestimmte Übertragungsqualitäten haben gegenwärtig Konjunktur: Comcast in den USA praktiziert sie bereits. Es bittet den Internetdienst Level 3, der seinen Kunden online Filme streamt, für das von ihm transportierte Datenvolumen zur Kasse. Auch deutsche Internet Service Betreiber, etwa die Deutsche Telekom AG, liebäugeln offen mit dem Gedanken einer Bepreisung der Inhaltsanbieter. So ließ denn auch die kurzzeitig verlangsamte Übertragung von YouTube-Videos, welche die Deutsche Telekom AG im Mai 2011 für ihr Netz einräumen musste, in der Webgemeinde sofort Gerüchte ins Kraut schießen, dahinter verberge sich eine bewusste Strategie der Telekom. Sie wolle damit YouTube zur Zahlung von Entgelten für Qualitätssicherungsmaßnahmen nötigen. Wiewohl Gerüchte nicht selten Rauchfahnen der Wahrheit sind, ist bisher freilich weder geklärt noch wahrscheinlich, dass die Deutsche Telekom AG tatsächlich eine bewusste Verlangsamung vorgenommen hat. Ein derartiges Verhalten wäre ökonomisch aber jedenfalls durchaus nachvollziehbar: Google, eBay, Facebook & Co. streichen Milliarden ein, indem sie die Öffentlichkeit mit nützlichen Angeboten über die Breitbandnetze der Netzanbieter bedienen, ohne für die dadurch verursachten Kosten unmittelbar aufkommen zu müssen. Alleine das Videoportal YouTube bspw. verursacht 10 % des Internetdatenvolumens.⁸ Dessen Mutterkonzern Google war bereits 2008 für ca. 17 % des Breitbandverkehrs der Verbraucher in den USA verantwortlich.⁹ Ein substantieller Anteil des anschwellenden Internetdatenverkehrs entfällt auf Datenaustauschdienste, sog. Peer-to-Peer-Filesharing. Diese hochvolumigen Dienste sind von den negativen externen Effekten der durch sie generierten Überlast aber nur in geringem Umfang selbst betroffen, da sie nur eingeschränkt zeitkritisch sind. Das verleitet – insbesondere unter dem gegenwärtigen ubiquitären Flatrate-Regime¹⁰ – die Nutzer dazu, die

⁷ Jay Stanley, Network Neutrality 101, 2010, S. 7.

⁸ Berechnung des Internetdienstleisters Ellacoya vom 18. 7. 2007 (http://www.businesswire.com/portal/site/google/index.jsp?ndmViewId=news_view&newsId=20070618005912&newsLang=en [13. 7. 2011]).

⁹ Cleland Scott, A first-Ever Research Study, Estimating Google's U.S. Consumer Internet Usage & Cost 2007-2010, 2008, S. 14, 23.

¹⁰ Flatrates sind bei Kunden sehr beliebt, weil sie eine unkomplizierte Kostenkontrolle ermöglichen, senken aber die Grenzkosten weiteren Datenverkehrs auf Null. Damit erweisen sie sich durchaus als Teil des Datenstauproblems: Sie setzen einen Anreiz zu exzessiver Ausnutzung der vorhandenen Leitungskapazitäten. »Heavy user« können einen erheblichen Teil des Datenverkehrs in Anspruch nehmen, ohne für die dadurch verursachten Kosten aufkommen und diese in ihr Kalkül einstellen zu müssen. Unter den Bedingungen knapper Übertragungskapazitäten sind die Grenzkosten weiteren Datenverkehrs – anders als es Flatrates den Kunden

externen Effekte einer intensiven oder übermäßigen Nutzung dieser Dienste nicht in das eigene Kalkül einzustellen. Dieser moral hazard setzt Fehlanreize zur exzessiven Nutzung und löst umgekehrt für qualitätssensitive Dienste die Gefahr eines Crowding Out, also einer Verdrängungswirkung aus, welche die Funktionalität und Entfaltungsmöglichkeiten solcher Anwendungen und damit des Internets als solchem nachhaltig beschränkt.¹¹ Ein System strikter Gleichbehandlung der Daten diskriminiert nicht-qualitätssensitive Dienste realiter zulasten qualitätssensitiver Dienste. Das läuft der netzpolitischen Leitidee, eine freie Entfaltung von qualitätsvollen Diensten im Internet zu fordern, im Ergebnis zuwider.¹² Die Internet Service Provider plädieren daher für eine verursachergerechte Kostenverteilung. Bislang finanzieren sie sich nahezu ausschließlich aus den Entgelten, die ihre Endkunden für den Teilnehmeranschluss zahlen. Vom Kuchen der den Inhaltsanbietern zuwachsenden Einnahmen hätten sie nunmehr gerne ein Stück ab. In ihren Augen sind Inhaltsanbieter mit hohen Datenvolumina Kostgänger der Breitbandangebote, die keinen angemessenen Beitrag zu den Kosten für Netzunterhaltung und -erweiterung entrichten. Ähnlich wie bei Terminierungsentgelten für die Netzzusammenschaltung, bei denen jeder für den von ihm zu verantwortenden Verursachungs- und Verantwortungsbereich zur Kostentragung herangezogen wird, wollen sie aus dem einseitigen einen zweiseitigen Markt machen.

Verändert aber nicht die Verkehrspolizei-Rolle der Netzbetreiber den Charakter des Internets als offenes Medium grundlegend und bringt den Innovationsmotor Internet ins Stottern? Das Internet ist in seiner beispiellosen Innovationskraft zum pulsierenden Herz der globalen Wirtschaft geworden. Seine arbeitsteilig angelegte Wertschöpfungskette hat für die gesellschaftliche Entwicklung wie auch für die ökonomische Wohlfahrt inzwischen eine Schlüsselrolle eingenommen. Immerhin geht – Schätzungen zufolge – die Hälfte der Produktivitätssteigerung in Europa in den letzten Jahren auf die Informations- und Kommunikationstechnologien zurück.¹³ In Rede steht also mit der Zulassung von Techniken der

suggestieren – freilich volkswirtschaftlich nicht null. Sie bestehen in der nicht unerheblichen Verschlechterung der Qualität anderer Dienste.

¹¹ Vgl. *Jörn Kruse*, Soll die Neutralität des Internets staatlich reguliert werden?, Diskussionspapier, 2011, S. 16 und 27; *Ralf Dewenter*, Netzneutralität, in: Haucap/Kühling (Hrsg.), Effiziente Regeln für Telekommunikations-Märkte in der Zukunft, 2009, S. 115 (138); *Christian Koenig/Sonja Fechtner*, K&R 2011, 73 (75); *Schlauri* (Fußn. 4), S. 174.

¹² *Schlauri* (Fußn. 4), S. 174; *Brenner/Dous/Zarnekow/Kruse* (Fußn. 4), S. 38 ff.

¹³ Vgl. insbesondere BVDW/RIAS, Die digitale Wirtschaft in Zahlen von 2008-2012, 2011, S. 3 ff.; *Matthieu Pélissié du Rausas et al*, Internet matters, 2011, 9 ff.

Verkehrssteuerung eine Leitfrage der digitalen Revolution und damit eine grundlegende Weichenstellung für die Informationsgesellschaft: Öffnet die Priorisierung von Datenströmen bzw. die Erhebung von Entgelten von Inhaltsanbietern die Büchse der Pandora? Verliert das Internet seine Unschuld und fällt die »Architektur der Freiheit« im Internet der Abrissbirne wirtschaftlicher Interessen zum Opfer?

II. Leitidee und Inhalt des Prinzips der Netzneutralität

Zu diesen Grundfragen ist in den USA und zunehmend auch in Europa eine bisweilen leidenschaftlich, ja geradezu ideologisch, geführte Netzphilosophiedebatte entbrannt. Sie wird unter dem Leitbegriff der Netzneutralität geführt. Für die einen ist er ein politischer Kampfbegriff, der lediglich ein Scheingefecht führe und dabei mit seiner Kriegsrhetorik die wirtschaftliche Freiheit der Internet Service Provider unangemessen stranguliere, um etwas festzuschreiben, das schon bisher nicht etabliert war, um ein Problem zu lösen, das nicht existiert.¹⁴ Für die anderen beschreibt er schlicht eine notwendige Grundbedingung für die Offenheit und Innovationskraft des Internets.

So verwundert es denn auch nicht, dass schon um die Definition des Begriffs intensiv gerungen wird.¹⁵ Ungeachtet aller unterschiedlichen Annäherungsversuche ist man sich dabei im Ausgangspunkt einig: Internet-Netzneutralität beschreibt als Architekturprinzip der Internetregulierung das Gebot, dass Internet Service Provider alle Daten, die sie über ihre Leitungen transportieren, gleich behandeln – ohne Rücksicht auf ihren Inhalt, ihren Ursprung und ihr Ziel. Die Provider müssen sich danach sowohl gegenüber Anwendern als auch Anwendungsinhalten neutral verhalten. Das bedingt im Grundsatz einen absoluten Verzicht auf Techniken der Datendiskriminierung, kurz gefasst: »a bit is a bit«. Die Datenübertragung nach dem Best-Effort-Modell wird mithin zum erwünschten Leitprinzip erhoben. Die Internet Service

¹⁴ In diese Richtung etwa der Abgeordnete *Tauber* in der Plenardebatte des Deutschen Bundestages, 94. Sitzung vom 24. 2. 2011, Pl-Prot. 17/94, S. 10784; *Koenig/Fechtner* (Fußn. 11), S. 76.

¹⁵ Vgl. etwa *Gyde Maria Bullinger*, Netzneutralität – Pro und contra einer gesetzlichen Festschreibung, A-Drucks. 17(24)001 der Enquete-Kommission »Internet und digitale Gesellschaft«, S. 4; zu unterschiedlichen Definitionsansätzen und Begriffsverständnissen etwa *Kruse* (Fußn. 11), S. 2; *Koenig/Fechtner* (Fußn. 11), S. 73 f. Das Definitionsproblem gründet sich vor allem darauf, dass bereits auf der Definitionsebene versucht wird, einzelne Handlungen und Vorgänge vom Anwendungsbereich der Netzneutralität auszunehmen. Vorzugswürdig erscheint es jedoch, den Begriff zunächst sehr weit zu definieren, um dann in einem nächsten Schritt bestimmte Verhaltensweisen oder Techniken entweder als unzulässige Verstöße oder rechtfertigbare Eingriffe einzustufen. In diese Richtung auch etwa *Schlauri* (Fußn. 4), S. 33 f.

Provider sollen dadurch von einem Missbrauch ihrer Kontrolle über die Internetdaten zur Verwirklichung eigener Ziele abgehalten und die Internetnutzer umgekehrt in den Stand gesetzt werden, auf alle Inhalte und Anwendungen ihrer Wahl unbeschränkt zuzugreifen.

Bisweilen wird der Begriff der Netzneutralität auch in einem weiteren Sinne verstanden. Er bezieht sich dann nicht nur auf Verhaltensweisen der Netzbetreiber, sondern auch auf staatliche Eingriffe. Adressiert werden dann insbesondere staatliche Netzsperrungen, also die hoheitliche Blockierung von Inhalten oder die Sperrung von Internetanschlüssen, wie sie etwa in Frankreich mit der Three-Strikes-Regel¹⁶ zugelassen ist oder in Deutschland mit dem »Gesetz zur Erschwerung des Zugangs zu kinderpornographischen Inhalten in Kommunikationsnetzen«¹⁷ angedacht war. Der Begriff der Netzneutralität fungiert dann generell als Schlagwort gegen jeglichen Eingriff in den Informationsfluss über das Internet,¹⁸ verlässt dann aber den Kernbereich derjenigen Problemfelder, die das Prinzip der Netzneutralität als einer Verkehrssteuerungsformel zur Lösung von Knappheitskonflikten ausmachen.

Der Leitgedanke der Netzneutralität ist als solches keineswegs neu. Es handelt sich um die »Reinkarnation« eines überkommenen Regulierungsstrukturmodells in Netzinfrasektoren¹⁹: Hinter ihm verbirgt sich ein universelles Ordnungsprinzip der Marktmachtmissbrauchsbegrenzung vertikal integrierter Unternehmen beim Zugang zu wesentlichen Einrichtungen (essential facilities; vgl. insbesondere § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB). Im 19. Jahrhundert war er, entsprechend den damaligen Verhältnissen, unter anderem Gegenstand der Regulierung im Bereich der Eisenbahnen, der Telegrafie und der Wasserwege, im 20. Jahrhundert waren es vornehmlich das Telefon und die Versorgung mit Elektrizität und Gas (zu deren Neutralitätssicherung wir heute als Ergebnis beispielsweise die Regelungen der §§ 20 ff. EnWG, §§ 16 ff., 70 TKG und § 14 AEG vorfinden); nunmehr im 21. Jahrhundert ist es das Internet.

Plastisch wird das Paradigma der Netzneutralität am Beispiel des Stromnetzes: Das Stromnetz unterscheidet nicht danach, ob der transportierte Strom dem Betrieb eines Toasters, eines

¹⁶ Das sog. Hadopi 2-Gesetz sanktioniert wiederholte Urheberrechtsverletzungen von Internetnutzern nach zweimaliger Verwarnung grundsätzlich mit einer befristeten Internetsperre.

¹⁷ Gesetz vom 17. 2. 2010, BGBl. I, S. 78.

¹⁸ In diesem Sinne *Ansgar Koreng*, C&R 2009, 758 ff.

¹⁹ Das Prinzip der Netzneutralität beschränkt sich dabei nicht nur auf klassische Infrastruktursektoren, sondern ist auch anderen Wirtschaftssektoren vertraut. Für den Bereich der Presse sichert etwa das Presse-Groß die Neutralität des Pressevertriebs und damit die Medienvielfalt sowie den unverfälschten Leistungswettbewerb zwischen den Anbietern. Vgl. dazu *Michael Kloepper*, AfP 2010, 120 (124 ff.) m. w. N.

Bügeleisens oder eines Computers dient. Ähnlich hat die Post Briefe unabhängig von der Werthaltigkeit ihrer Information und der Vertrauenswürdigkeit ihres Adressaten zu befördern. Sie ist der Prototyp eines Informationsverteilungssystems, das von einer hermetischen Trennung von Inhalt und Transport lebt.²⁰ Immerhin kennt die Post aber, so mag man einwenden, kostenpflichtige Expressdienste für die beschleunigte Zustellung von Lieferungen und berechnet höhere Gebühren für einen durch Zusatzgewicht verursachten Mehraufwand. Dieser Vergleich erkennt jedoch den Kern des Problems: Die Diskussion um Internet-Netzneutralität kreist nicht vorrangig um die Frage, ob die Netzbetreiber gegenüber ihren Endkunden gestufte Tarife für ihre Leistungen anbieten bzw. durchsetzen dürfen. Vielmehr kreist sie darum, ob auch die Inhalts- oder Diensteanbieter (zusätzlich zu den Endkunden) für die Kosten einer ordnungsgemäßen Übertragung ihrer Inhaltsangebote herangezogen werden dürfen und in welchem Umfang die Netzbetreiber selbst über die Priorisierung von Datenströmen entscheiden dürfen.

III. Regulierungsbedarf?

Ob der Gedanke der Netzneutralität normativen Regulierungsbedarf erfordert bzw. rechtfertigt, hat sich gleichsam zum gordischen Knoten der Internet-Netzneutralitätsdebatte verworren. Die Geister scheiden sich nicht allein an der Frage, ob Netzneutralität im Internet als Rechtsprinzip überhaupt wünschenswert ist (unten 1.). Auch diejenigen, die das bejahen und Netzneutralität als elementares Prinzip der Verkehrssteuerung ansehen, ringen darum, ob funktionsfähiger Wettbewerb bereits als solcher hinreichend für Netzneutralität bürgt oder ob zu ihrem Schutz ergänzende gesetzliche Maßnahmen erforderlich sind (unten 2.).

1. Ist Netzneutralität rechtspolitisch wünschenswert?

a) Erhöhung der Übertragungseffizienz und wirtschaftliche Freiheit der Internet Service Provider

Strikte Gegner der Netzneutralität im Internet sehen durch sie die Entwicklung und das Wachstum des Internets eher behindert als befördert.²¹ Sie sei Sand im Getriebe in der Entwicklung einer leistungsfähigen Netzinfrastruktur. Dafür lassen sich durchaus Gründe finden: Wenn die Betreiber ihre Netzkapazitäten immer am Volllastbetrieb ausrichten müssten, wäre das letztlich ineffizient. Es wäre prima facie ebenso wenig ökonomisch sinnvoll, wie eine Straße

²⁰ Kloepfer (Fußn. 19), S. 120.

²¹ Vgl. etwa Kruse (Fußn. 11), S. 9 ff.

so zu planen, dass alle Fahrzeuge zur rush-hour nebeneinander fahren können. Ein Netzwerkmanagement senkt die Kosten pro Endkunde deutlich. Das hat auch positive Netzwerkeffekte: Über die bestehenden Netzressourcen können mehr Kommunikationsvorgänge abgewickelt werden. Der Nutzen des Netzes für die Gesellschaft als Ganzes scheint sich im Grundsatz zu erhöhen.

Insbesondere kann sich die von den Netzbetreibern als Gebührenmodell des Internets geforderte Beteiligung sowohl des Kunden als auch des Anbieters an den Kosten einer Vermittlungsleistung, also sog. Multi-sided-pricing, als prinzipiell ökonomisch sinnvoll erweisen.²² Multi-sided-pricing trägt als Modell dazu bei, dass Kunden und Anbieter den Weg zueinander zu sachgerechten Konditionen finden und die entstehenden Kosten verursachergerecht aufteilen. Zeitungen und Reiseagenturen haben das vorgemacht. Hier entrichten die Kunden einen Preis für das Endprodukt, also die Zeitung bzw. die Reiseleistung, die Anbieter zahlen die darin geschaltete Werbung bzw. die Leistung der Reiseagentur.²³ Selbst im sachverwandten Medienrecht finden wir ein ähnliches Modell: Die Rundfunkanbieter entrichten Einspeiseentgelte an die Kabelnetzbetreiber, damit diese ihre Programme übertragen.²⁴ In anderen Wirtschaftssektoren genießen Unternehmen also diese wirtschaftliche Dispositionsmacht. Warum nicht auch die Internet Service Provider?

So lässt sich die Frage nach der Netzneutralität vor diesem Hintergrund als eine solche unternehmerischer Freiheit stellen: Betriebswirtschaftlich sinnvolle Investitionen sind Teil und Ergebnis verfassungsrechtlich umhөгter wirtschaftlicher Gestaltungsbefugnis; das physische Infrastrukturnetz stellt sich als das Produkt eigentumsrechtlich schutzwürdiger Investitionen der Netzbetreiber dar. Dann streitet prima facie viel dafür, den Internet Service Providern die Freiheit zuzugestehen, durch höhere Preise für priorisierte Übertragungswege oder durch sachlich gerechtfertigte Diskriminierungen auf den Anwendungsmärkten neue Einnahmequellen zu erschließen, sind doch nicht zuletzt die Gewinnmargen aufgrund des harten Preiskampfes um die Endkunden sehr eng, der Ausbau der Infrastruktur teuer und das Risiko, dass sich diese enorme finanzielle Investition als ökonomischer Fehlschlag erweist, hoch. Überdies erweist sich

²² Vgl. dazu etwa die Ergebnisse einer ESMT-Studie *Hans W. Friederiszick/Jakub Kaluzny/Simone Kohnz/Michal Grajek/Lars-Hendrik Röller*, Assessment of a sustainable internet model for the near future, ESMT White Paper No. WP-11-01, S. 48 ff.

²³ Vgl. dazu auch *Robin S. Lee/Tim Wu*, Journal of Economic Perspectives 23 (2009), 61 (64 ff.).

²⁴ Nicht zuletzt gründen die Terminierungsentgelte im Telekommunikationsrecht (vgl. §§ 30 ff. TKG) auf einem ähnlichen Gedanken. Vgl. dazu unten IV.2.a).

die bevorzugte Übertragung für qualitätssensitive Dienste, die auf eine zeitgerechte Übertragung angewiesen sind, auch nahezu als unvermeidlich und damit als eine Chance für Innovationen und neue Geschäftsmodelle.²⁵

b) Innovationsdynamik des Internets und seine Funktion als Mittler demokratischer Teilhabe

Die Effizienz des Netzes und die wirtschaftliche Freiheit der Netzbetreiber sind jedoch nur eine Seite der Medaille. Die Innovationskraft des Internets und die Vielfalt seiner Anwendungen sind die andere.

aa) Ökonomische Rechtfertigung des Gedankens der Netzneutralität

In der Vergangenheit hat sich das Prinzip der Offenheit und gleichen Übertragung aller Daten als wichtiger Eckpfeiler in der Entwicklung und Kreativität des Internets entpuppt. Ein Internetzugang ist bislang der Schlüssel zu allem, was das Internet bietet. Jeder, der eine Idee für eine Internetanwendung hat, kann seine Entwicklung online stellen und »das nächste Google« werden. Er ist dazu weder an eine Zulassung noch an Verhandlungen mit Internet Service Providern gebunden. Das Fehlen eines Kontrollorgans, die Hierarchiefeindlichkeit und die Konnektivität, also die vorbehaltlose Vernetzung aller verfügbaren Informationen, bilden die Erfolgsformel des Internets als eines universellen egalitären Pools von Inhalten und Informationen. Seine (insbesondere im Vergleich zu anderen Netzsektoren) äußerst niedrigen Marktzutrittsschranken sind es, die als Garanten seiner dynamischen Entwicklung den spektakulären Innovationsgrad erst möglich machten, den Internetanwendungen erlebt haben. Wohl nur so konnte die große Mehrheit der erfolgreichsten Internetanwendungen unserer Zeit ihren Siegeszug von der Hinterhof-Garage an die Wallstreet antreten. Google, eBay und Amazon sind beste Beispiele hierfür.

Nicht zuletzt sind Internet-Anwendungsmärkte insbesondere durch eine hohe Dynamik gekennzeichnet. Die Möglichkeiten des Netzes und die Bedürfnisse der Endanwender sind noch keineswegs ausgelotet, scheint doch das Zeitalter geradezu explosionsartiger Entwicklung neuer Internet-Inhalte gerade erst angebrochen; bislang kann niemand vorhersagen, wie diese Epoche zu ihrer vollen Blütezeit einmal aussehen wird. Die Anwendungsanbieter handeln daher unter

²⁵ Vgl. Stefan Krempf, c't 14/2006, 78 (79); Spieß, MMR 8/2006, XXI; Schlauri (Fußn. 4), S. 45.

den Bedingungen der Unsicherheit. Das Entwickeln neuer Anwendungen ist ein Trial-and-Error-Verfahren, das die *Hayek'sche* Idee des Marktes als Entdeckungsverfahren und den Prozess seiner schöpferischen Zerstörungskraft (*Schumpeter*) in besonderer Weise lebendig werden lässt. Dazu ist das Internet auf niedrige Marktzutrittsschranken angewiesen.

Datendiskriminierung und Multi-sided-pricing drohen da neue Barrieren zu errichten, an denen »the next big thing« im Internet womöglich scheitern könnte. Denn sie lassen den Internet Service Providern ein Terminierungs-Monopol zuwachsen, das die Inhaltsanbieter nicht umgehen können. Diese Hürden bremsen die besondere Schrittmacherfunktion des Internets als einer Mehrzwecktechnologie (mit einer Vielzahl unterschiedlichster Anwendungen in allen denkbaren Wirtschaftsbereichen), bei der Erfolg des Anbieters nicht an der Größe seines Geldbeutels, sondern der Innovationskraft seines Angebots gemessen wird.²⁶ Das Tempo von Innovationen im Internet droht sich dann sichtbar zu verlangsamen. Die Idee des Internets als »Ideenbörse« und »Experimentierlaboratorium« könnte Schiffbruch erleiden. Manche sehen bereits ein Zweiklassen-Internet²⁷ oder gar das Ende des Internets²⁸ heraufziehen.

Damit ist eine der grundlegenden Rechtfertigungen für die rechtliche Verankerung von Netzneutralität letztlich ökonomischer Natur: Sie soll ein Verhalten verhindern, das den Internet Service Providern finanzielle Handlungsspielräume verschafft, aber insgesamt gesehen negative Spillover-Effekte auf die übrige Volkswirtschaft zu zeitigen droht. Mit der Forderung nach Netzneutralität verbindet sich insoweit die Hoffnung auf maximalen gesellschaftlichen Wohlfahrtsgewinn. Dem liegt die Vermutung zu Grunde, dass der Netznutzen am größten ist, wenn seine Inhalte von allen ungehindert genutzt werden können, und damit ein höherer Nutzen einhergeht als von einer Effizienzoptimierung der Netzinfrastruktur. Hinzu tritt ein weiteres Gefahrenszenario: Wenn die Deutsche Telekom, O2 & Co. mit Blick auf das Damoklesschwert eines drohenden Staus im Internet Netzwerkmanagementtechniken mit entsprechenden Geschäftsmodellen aufbauen und Einschränkungsmöglichkeiten des Datenverkehrs erhalten, könnte ihnen das den Anreiz nehmen, in den volkswirtschaftlich erwünschten weiteren Netzausbau zu investieren.

²⁶ Vgl. *Schlauri* (Fußn. 4), S. 146 ff.

²⁷ Antrag der Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 17/3688.

²⁸ *Jeff Chester*, *The End of the Internet, The Nation*, 1. 2. 2006, abrufbar unter <http://www.thenation.com/article/end-internet> (13. 7. 2011).

bb) Demokratietheoretische Rechtfertigung und grundrechtliche Implikationen – Netzneutralität als Problem einer Grundrechtskollision

Netzneutralität hat aber längst nicht nur ökonomische, sondern vor allem auch gesellschaftliche und grundrechtliche Implikationen. Das Internet ist keine Schraubenfabrik. Es ist ein Ort kollektiver Kreativität und gesellschaftlichen Diskurses. Es ist nicht nur Innovationsmotor, sondern auch Kommunikationsinstrument und Mittler im geistigen Meinungskampf: Das dezentrale, öffentlich adressierte Netz der Netze markiert heute eine der wichtigsten Arenen, in der die Menschen ihr Recht auf freie Meinungsäußerung ausüben. Es hält nicht nur ein unerschöpfliches Reservoir an Informationen vor, sondern ist spätestens mit dem Web 2.0 universelles Partizipationsinstrument mit einem nie dagewesenen Maß an Pluralität und Interaktion geworden. Es macht aus Konsumenten Produzenten und durchlebt als solches eine Metamorphose von einem »Distributionsapparat« in einen »Kommunikationsapparat«, der *Brechts* (als kulturevolutionäre Utopie geborene) Radiotheorie²⁹ in Teilen bereits Wirklichkeit werden lässt. Der Slogan von YouTube lässt das sinnfällig werden: »Broadcast yourself«. Das Internet eröffnet eine von institutioneller Einbindung und Zahlungskraft unabhängige Teilhabe an einem kollektiven Gestaltungs-, Kommunikations- und Willensbildungsprozess, der im örtlich entgrenzten, erratisch-schöpferischen Prozess des Internet-Datenstroms jeden Einzelnen zum Teil eines Netzwerkes macht. Das Internet ist ein Therapeutensofa, ein Debattierclub und ein Rednerpult zugleich – gleichsam die neue »Speakers' Corner«.

Als dezentrale Kommunikationsplattform nimmt sein kreatives Chaos eine wichtige Katalysatorfunktion in der Demokratisierung von Wissenszugängen ein. In dieser Eigenschaft kommt ihm in einer demokratischen Gesellschaft eine Schlüsselrolle zu, ist diese doch auf die ungehinderte Teilhabe an der öffentlichen Willensbildung angewiesen. Lebhaft lässt sich das am Beispiel des »Arabischen Frühlings« und der Yasmin-Revolution in China verfolgen. Die Funktion der Zeitungen im deutschen Vormärz übernehmen heute Facebook und Twitter. Als Nachrichtendrehscheiben des 21. Jahrhunderts bilden sie die schlagkräftigsten Waffen moderner Revolutionen. Beeinflussungen des freien, auf dem Prinzip der Waffengleichheit basierenden geistigen Meinungskampfes können diese Grundlage gefährden. Ein Abweichen von der Netzneutralität kann namentlich einer Bildung von Meinungsmonopolen und privater Zensur Tür und Tor öffnen. Sowohl das Erheben von Gebühren für bestimmte Anwendungen als auch die

²⁹ *Bertolt Brecht*, Der Rundfunk als Kommunikationsapparat, in: Brecht, Gesammelte Werke, Bd. 18, 1967, S. 127 (128 f.).

Blockierung oder Verlangsamung der Inhaltsübertragung könnte den meinungsneutralen Zugang zu Inhalten erschweren, die Meinungspluralität und damit die Ausübung eines Grundrechts beeinträchtigen, das für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung »schlechthin konstituierend«³⁰ ist. Bei der Frage der Netzneutralität stehen mithin die kommunikative Chancengleichheit im Internet und die Verteidigung der Architektur der Freiheit, Offenheit und Gleichberechtigung, die das Internet bisher prägen, in Rede. Deren Wert lässt sich mit der Elle der Zahlungsbereitschaft nicht sachgerecht messen. Manche Netzpolitiker sehen im Falle eines Abschieds vom Prinzip der Netzneutralität vom Internet nicht viel mehr übrigbleiben als »bestenfalls eine kommerzielle Insel im Ozean der Kommunikation«.³¹ Das Recht auf diskriminierungsfreie Vernetzung erscheint ihnen als Herzstück digitaler Menschenrechte einer »Magna Charta« des Internets. Einen ersten normativen Anknüpfungspunkt scheint insoweit Art. 19 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte mit seiner Verbürgung des Rechts »über Medien jeder Art und ohne Rücksicht auf Grenzen Informationen und Gedankengut zu suchen, zu empfangen und zu verbreiten«, vorzuhalten.

Grundrechtsschutz besteht allerdings lediglich gegen staatliche Eingriffe. Der Zugang zum Internet wird aber – entsprechend der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung des Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG – durch private Unternehmen zur Verfügung gestellt. Diese sind grundsätzlich nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden.³²

Sind die Internet Service Provider auch nicht unmittelbar grundrechtsgebunden, bleiben die Grundrechte aber mitnichten ohne Einfluss auf ihr Verhältnis zu Endkunden und Inhaltsanbietern. Diese wirken – ähnlich wie bei Boykottaufrufen privater Organisationen – als Elemente einer objektiven Wertordnung im Wege mittelbarer Drittwirkung in die grundsätzlich privatrechtliche Beziehung der Handlungsträger hinein.³³ Die mittelbare Grundrechtsbindung Privater kann dabei insbesondere dort der unmittelbaren Grundrechtsbindung des Staates durchaus nahe- oder gleichkommen, wo – wie im Falle von Internet Service Providern – Private

³⁰ Vgl. nur BVerfG, Urteil vom 15. 1. 1958, BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth. Nicht umsonst ist die Meinungsneutralität eine der wichtigen dogmatischen Figuren bei der Bestimmung des Begriffs eines »allgemeinen Gesetzes« im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG.

³¹ *Sebastian von Bomhard*, Öffentliche Anhörung der Enquete-Kommission »Internet und digitale Gesellschaft« des Deutschen Bundestages am 4. 10. 2010, Protokoll Nr. 17/6, S. 42.

³² Einen Sonderfall könnte insoweit allenfalls die Deutsche Telekom AG darstellen, hält doch der Bund an ihr – auch über die KfW – nach wie vor nennenswerte Anteile. Die Anteile reichen aber gesellschaftsrechtlich nicht aus, die Tätigkeit der Gesellschaft positiv und zuverlässig bestimmen zu können, so dass im Ergebnis eine unmittelbare Grundrechtsbindung zu verneinen ist.

³³ Dazu grundlegend BVerfG, Urteil vom 15. 1. 1958, BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth.

die Bereitstellung der Rahmenbedingungen des Netzes als Ort allgemeiner Kommunikation übernehmen und damit in Funktionen eintreten, die ehemals dem Staat als Aufgabe der Daseinsvorsorge zugewiesen waren.³⁴ Im Gefolge dieser Ausstrahlungswirkung können die Grundrechte insbesondere eine Schutzpflicht des Staates im Hinblick auf grundrechtsbeeinträchtigende Maßnahmen Privater und damit einen gesetzgeberischen Handlungsauftrag zur Sicherung des freien Informationsflusses im Internet auslösen.³⁵ Diese Schutzpflicht findet ihre dogmatische Grundlage in dem grundrechtlich geschützten Informationsinteresse der Nutzer (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 HS 2 GG, Art. 11 Abs. 1 Satz 2 GrCh) sowie deren schutzwürdigem Interesse an der Vertraulichkeit der ausgetauschten Informationen (Art. 10 GG, Art. 7 GrCh) und der Medien- sowie Berufsfreiheit der Anwendungsanbieter, denen der Netzzugang erst die Grundrechtsverwirklichung ermöglicht. Ihnen stehen auf der anderen Seite die Wirtschafts- und Eigentumsfreiheit der Netzbetreiber (Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 15-17 GrCh, Art. 56 Abs. 1 bzw. Art. 49 Abs. 1 AEUV) als widerstreitende Grundrechtserwartung gegenüber.

Netzneutralität berührt also eine multipolare grundrechtliche Konfliktsituation. Derartige Normenkollisionen bewältigt das Verfassungsrecht im Wege praktischer Konkordanz.³⁶ Die kollidierenden Positionen müssen mit dem Ziel der Optimierung zu einem schonenden und angemessenen Ausgleich gebracht werden. Es darf nicht einem der betroffenen Interessen generell der Vorrang eingeräumt werden. Vielmehr ist dort, wo sich eine grundrechtsschonende Lösung finden lässt, die nicht zu einer Beeinträchtigung der einen oder der anderen Grundrechtsposition führt, diese zu wählen.

Dem Gesetzgeber verbleibt bei der Wahl des Instrumentenkastens freilich ein weiterer Spielraum: Die Schutzpflicht ist darauf gerichtet, Vorkehrungen zu treffen, die nicht völlig ungeeignet oder unzulänglich sind. Sie begründet ein Untermaßverbot.³⁷ Auch der sonstige unions- und verfassungsrechtliche Rahmen engt den gesetzgeberischen Regelungsspielraum nicht stark ein: Zwar verpflichtet Art. 36 GrCh die Union zur Achtung des Grundsatzes (Art. 52 Abs. 5 GrCh³⁸) des

³⁴ BVerfG, Urteil vom 22. 2. 2011, NJW 2011, 1201 (1204, Rdnr. 59) – Fraport.

³⁵ Axel Spieß/Frederik Ufer, MMR 2010, 13 (16); Bernd Holznagel, K&R 2010, 95 (99 f.); Koreng (Fußn. 18), S. 759.

³⁶ BVerfG, Beschluss vom 27. 11. 1990, BVerfGE 83, 130 (143); zur ähnlichen Problematik beim Presse-Grosso Klopfer (Fußn. 19), S. 122 und 125 f.

³⁷ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 5. 3. 1997, NJW 1997, 3085; Beschluss vom 5. 3. 1997, MedR 1997, 318 (319); Beschluss vom 15. 12. 1997, NJW 1998, 1775 (1776).

³⁸ Vgl. auch Thorsten Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 52 GrCh Rdnr. 16.

Zugangs zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (und damit auch des Internets) – dies jedoch nach Maßgabe des mitgliedstaatlichen Zugangsrechts. Das europäische Wettbewerbsrecht mit seinem Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen (Art. 102 AEUV) setzt weitere, jedoch nur äußerste Grenzen.

Den verfassungs- und unionsrechtlichen Regelungsspielraum kann der Gesetzgeber danach in sehr unterschiedlicher Weise ausfüllen. Ihn trifft keine absolute Verfassungspflicht zur Sicherung von Netzneutralität.³⁹

2. Wettbewerb als hinreichendes Bollwerk zur Sicherung eines de facto-Regimes der Netzneutralität?

Gravierende Verletzungen des Prinzips der Netzneutralität gelangten in der Vergangenheit früher oder später an das Licht der Öffentlichkeit. In nahezu allen Fällen beugten sich die Unternehmen alsbald dem öffentlichen Druck. So haben sowohl AT&T wie auch Comcast und T-Mobile in den oben (I.2.) genannten Beispielsfällen ihre diskriminierenden Praktiken inzwischen eingestellt. Es hat sich mithin ein de-facto-Regime der Netzneutralität etabliert.

Dieser empirische Befund scheint prima facie Beleg genug dafür, dass gesetzliche Regulierung zugunsten von Netzneutralität entbehrlich ist. Öffentlicher Druck und Wettbewerb sorgen nach dieser Vorstellung für eine ausreichende Disziplinierung der Internet Service Provider. Wie sonst ist Regulierung dann auch hier in ihrer originären Funktion als transitorische Zweckschöpfung zur Herstellung freier Märkte auf das unbedingt Erforderliche zu beschränken.

In diese Richtung tendiert im Grundsatz nicht zuletzt die Bundesregierung. So bekunden die Regierungsparteien in ihrem Koalitionsvertrag ihr Vertrauen darauf, »dass der bestehende Wettbewerb die neutrale Datenübermittlung im Internet und anderen neuen Medien (Netzneutralität) sicherstellt«, versichern jedoch zugleich, dass sie »die Entwicklung aber sorgfältig beobachten und nötigenfalls mit dem Ziel der Wahrung der Netzneutralität gegensteuern [werden]«. ⁴⁰ Entsprechend sieht ein Änderungsentwurf für das TKG »derzeit konkrete gesetzliche Festlegungen und Vorgaben« ⁴¹ als verfrüht

³⁹ Wohl auch *Holznagel* (Fußn. 35), S. 99 f.; *Koreng* (Fußn.18), S. 759.

⁴⁰ Wachstum. Bildung. Zusammenhalt. Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, S. 101.

⁴¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften, BT-Drucks. 17/5707, S. 75.

an. Die Bundesregierung macht sich damit das Steinbrück'sche Politikrezept⁴² zu eigen: »Die Kavallerie muss nicht ausreiten. Die Indianer müssen nur wissen, dass es sie gibt«.

Intensiver Wettbewerb ist ein wichtiges Bollwerk gegen Versuche einer unerwünschten Monopolisierung von Anwendungsmärkten. Dort, wo ein Markt von intensivem Wettbewerb geprägt ist, sind Verhaltensweisen, die den Wettbewerb zu behindern suchen, häufig kontraproduktiv, muss doch der Anbieter damit rechnen, Kunden zu verlieren, wenn er den Zugang zu Inhaltsangeboten auf dem Anwendungsmarkt erschwert. Der Endkundenmarkt für den Internetzugang kann insoweit eine disziplinierende Wirkung auf den Markt für den Zugang der Anwendungsanbieter zu ihren Kunden entfalten.⁴³

Aber intensiver Wettbewerb ist umgekehrt keine absolute Garantie für die Gewährleistung von Netzneutralität. Das hat mehrere Ursachen: Disziplinierende Wirkung geht von den Kräften des Marktes zum einen nur dann aus, wenn Verstöße überhaupt ans Tageslicht geraten. Ein Verstoß gegen den Gedanken der Netzneutralität ist für den Endkunden aber nicht immer identifizierbar. Denn Internetangebote sind komplexe Produkte. Statt durch Blockierung kann eine Anwendung etwa in sehr subtiler Weise durch Datenverlangsamung für die Kunden unattraktiv gemacht werden. Die Nutzer vermögen kaum zu erkennen, ob Qualitätsmängel ihre Ursache im Verantwortungsbereich des Internet Service Providers oder des Inhaltsanbieters haben. Schwierigkeiten der Datenübertragung werden sie im Zweifel eher mit Schwächen im Angebot des Anwendungsanbieters in Verbindung bringen.⁴⁴ Die disziplinierende Wirkung des Marktes versagt schließlich auch dann, wenn sich – wie insbesondere bei sehr neuen und damit für Innovationen im Internet besonders wichtigen Anwendungen – zunächst nur sehr wenige Endanwender für diese interessieren, sei es, weil sie ihnen noch nicht bekannt ist, sei es, weil sie noch nicht ausgereift ist. Es fehlt dann eine kritische Masse an Testern und Testumgebungen, um einen Verstoß gegen die Netzneutralität ruchbar werden zu lassen; Entdeckung ist die notwendige Bedingung für die Ächtung eines Verstoßes gegen die Regeln der Netzneutralität. Wiewohl diese Hindernisse in naher Zukunft zum Teil durch neue Softwarelösungen

⁴² Der ehemalige deutsche Finanzminister *Peer Steinbrück* hatte ihn in der Kontroverse um die Lockerung des Schweizer Bankgeheimnisses prominent vertreten und damit in der Schweiz für helle Aufregung gesorgt.

⁴³ Vgl. *Kirsten Beckmann/Ulf Müller*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), *Handbuch Multimedia-Recht*, 25. EL 2010, Teil 10, Rdnr. 29; *Krempf* (Fußn. 25), S. 80.

⁴⁴ *Schlauri* (Fußn. 4), S. 142; *Helge Dauchert/Petra Meurer*, *Netzneutralität und Innovationen im Internet*, 2011, S. 13.

überwindbar werden, welche dem Internetnutzer eine Möglichkeit zur Aufdeckung von Datenverlangsamungen an die Hand geben, bleibt eine weitere Hürde: Ein marktbereinigender Effekt funktionierenden Wettbewerbs setzt hinreichende Anreize für die Kunden voraus, einen sanktionierenden Anbieterwechsel vorzunehmen. Solche Anreize bestehen nur dann, wenn der Kunde nicht nur die Auswahl zwischen mehreren gleichwertigen Anbietern hat, sondern auch die Umstellungskosten (z. B. Umkonfiguration von Betriebssystemen und Anwendungen; etwaige Änderung der bisher von dem Serviceprovider bezogenen E-Mail-Adresse etc.) nicht die Wechselbereitschaft torpedieren. Zeitlicher und administrativer Aufwand, der mit einem Wechsel verknüpft ist, ferner eine Unsicherheit über die Qualität alternativer Produkte und psychologische Beharrungseffekte lassen die Kunden freilich häufig vor einem Wechsel zurückschrecken. Das ist etwa für den Strombereich – wo Kunden traditionell ihrem städtischen Versorger die Treue halten, obwohl sie mit den Tarifen anderer Anbieter bares Geld sparen könnten – hinlänglich empirisch belegt.⁴⁵ Auch Vertragsbindungsfristen schränken die Wechselbereitschaft merklich ein. Sie wirken für Newcomer als Marktzutrittschranke, die die disziplinierende Wirkung des Endkundenmarktes für den Internetzugang beeinträchtigt. Extreme Formen der Verletzung des Prinzips von Netzneutralität mögen mithin eine Wechselbereitschaft der Kunden auslösen. Kaum ein Kunde wird aber seinen Internet Service Provider alleine deshalb wechseln, weil dieser das Angebot eines bestimmten Inhaltsanbieters verlangsamt überträgt.

IV. Regulierungsinstrumente

Stellt sich Netzneutralität danach mit hinreichender Sicherheit nur durch staatliche Regulierung ein, wirft das die Frage auf, inwieweit das geltende Recht bereits schlagkräftige Instrumente zur Sicherung von Netzneutralität vorhält. Darum ist es in der bisherigen Diskussion bisher - jedenfalls in Deutschland - erstaunlich still.

1. Ein Blick über den großen Teich: Die Situation in den USA

Als europäischer Pionier haben jüngst (nach Chile als weltweit erstem Land) die Niederlande ein Gesetz zur Sicherung der Netzneutralität auf den Weg gebracht. Das »Nieuwe Telecomwet« etabliert einen weitgehenden Schutz des Gedankens der Netzneutralität, untersagt den Internet

⁴⁵ Vgl. Bundesnetzagentur, Monitoringbericht 2010, S. 10.

Service Providern insbesondere, einzelne Internetdienste, wie z.B. Skype, zu sperren oder Zusatzgebühren für ihre Nutzung zu erheben.

Während in Europa die juristische Debatte um Netzneutralität erst im Laufe dieses Jahres Fahrt aufgenommen hat, tobt sie in den USA demgegenüber bereits seit Längerem.⁴⁶ Sie trägt dort bisweilen ideologisch-religiöse Züge. Die unterschiedliche Intensität, mit der die Diskussion in beiden Regionen geführt wird, gründet vor allem auf zwei Ursachen: das unterschiedliche Maß, in dem Inhaltsanbieter an beiden Orten betroffen sind, und die ungleiche Wettbewerbsintensität der Infrastrukturmärkte. Ein Großteil der Inhaltsanbieter, die von einer Abkehr vom Modell der Netzneutralität betroffen wären, wie Google, Amazon, Facebook & Co., hat seinen Sitz in den USA. Die weitere Entwicklung, die das Internet nimmt, wird daher in der »Werkbank des globalen Internets« nicht zufällig mit Argusaugen beobachtet. Darüber hinaus unterscheiden sich der europäische und der amerikanische Markt auf der Ebene der wettbewerblich-technischen Infrastruktur sehr deutlich: Für den Markt der Breitband-Internetangebote hat sich in den USA ein Duopol etabliert. Die meisten Amerikaner können für ihren Internetzugang lediglich zwischen einem einzelnen Kabel- und einem Telefonanbieter wählen. Der europäische Markt für Internetangebote ist dagegen deutlich wettbewerbsintensiver und vielfältiger. Der Wettbewerb kann daher hierzulande eine stärker disziplinierende Kraft entfalten.

Angesichts der besonderen Sensibilität des amerikanischen Marktes überrascht es nicht, dass die amerikanische Regulierungsbehörde, die Federal Communications Commission (FCC), die Herstellung von Netzneutralität sehr früh als Regulierungsaufgabe für sich reklamierte. Im Jahr 2005 verkündete sie »Vier Prinzipien zur Netzneutralität«⁴⁷: Verbraucher sollten dazu berechtigt sein, (1.) Inhalte und (2.) Dienste ihrer Wahl im Internet (3.) mit einem Endgerät ihrer Wahl zu nutzen und dabei (4.) den – entstehenden bzw. vorhandenen – Wettbewerb im Internet um Programme, Angebote und Inhalte nutzen zu dürfen.

Ob der FCC die Befugnis zur Festsetzung und Durchsetzung dieser Regelungen zur Netzneutralität überhaupt zukam, blieb allerdings lange Zeit unklar. Zum Schwur gelangte diese Frage im Fall Comcast: Das Unternehmen hatte absichtlich den Zugang zu dem Filesharing-Netz »BitTorrent« verlangsamt. Die FCC erließ daraufhin – gestützt auf das Verbot von »unreasonable network practices« – eine Untersagungsanordnung gegen den Internet Service Provider.

⁴⁶ Vgl. etwa *Robert Hahn/Scott Wallsten*, *The Economics of Net Neutrality*, 2006; *Gregory Sidak*, *Journal of Competition Law and Economics* 2 (2006), 349 ff.

⁴⁷ FCC, *Internet Policy Statement*, 20 FCC Rcd 14986, 14987-88, 2005 para. 4.

Comcast zog dagegen zu Felde – mit Erfolg: Der D.C. Circuit des US Court of Appeals⁴⁸ sprach der FCC Ende vergangenen Jahres die Befugnis ab, auf der Grundlage der »Vier Prinzipien« Telekommunikationsunternehmen zur Einhaltung von Netzneutralität zu verpflichten. Dafür sei eine gesetzliche Regelung erforderlich.

Seither ist die Diskussion mit neuer Intensität entbrannt. Zahlreiche Gesetzesinitiativen suchen Befürworter und Gegner zu versöhnen, bislang allerdings vergeblich. Zum Jahreswechsel hat die FCC nunmehr neue Regeln vorgeschlagen.⁴⁹ Nach zähem Ringen hervorgebracht, versuchen diese einen Kompromiss zu finden – mit dem freilich niemand so recht zufrieden ist. Die FCC etabliert Transparenz als Königsweg der Gewährleistung von Netzneutralität. Jeder Betreiber von Breitband-Internetzugängen muss offenlegen, wie er sein Netz verwaltet, einschließlich einer Leistungsbeschreibung. Sachgerechtes Netzmanagement (»reasonable network management«) ist erlaubt. Daneben besteht ein Blockierungsverbot: Inhalte, die weder illegal sind, noch von einem Gerät stammen, das dem Netz schaden könnte, hat der Netzbetreiber zu transportieren. Dass die Regeln allenthalben zwischen mobilen und leitungsgebundenen Breitbandzugängen unterscheiden, insbesondere die regulatorischen Daumenschrauben für den Mobilfunk ein Stück weit lockern, stößt zu Recht auf Kritik. Netzneutralität ist in dem einen Netz nicht minder geboten als in dem anderen. Die Bezeichnung »Netz-Halbneutralität« macht bereits die Runde. Ob diese Regelungen jemals in Kraft treten, ist gegenwärtig unklar. Der Widerstand der Gegner einer normativen Verankerung von Netzneutralität hat sich bereits formiert.

Eigentlich hätte die FCC den Schutz der Netzneutralität auf einfache Weise herstellen und damit die Diskussion in einem frühen Stadium beenden können: Hätte sie das Angebot von Internetdienstleistungen als »Telecommunications Service« im Sinne des Titels I des »Telecommunications Act of 1996«⁵⁰ eingestuft, wären diese Dienste Gegenstand des Must-carry-Regimes und unterlägen damit bereits de lege lata Diskriminierungsverboten. Die FCC hat die Weichen im Jahr 2005 freilich anders gestellt. Sie entschied seinerzeit, diese Angebote als »Information Service« einzuordnen – mit dem nachvollziehbaren Hintergedanken, den Infrastrukturwettbewerb in den USA

⁴⁸ *Comcast Corporation v. FCC and USA*, (2010) D.C. Circuit No. 08-1291(USCA DC).

⁴⁹ FCC, In the Matter of Preserving the Open Internet/Broadband Industry Practices Report and Order vom 23. 12. 2010, FCC 10-201, WC Docket No. 07-52.

⁵⁰ Telecommunications Act of 1996, Pub. LA. No. 104-104, 110 Stat. 56 (1996).

anzuheizen.⁵¹ Das war zugleich die Geburtsstunde des Regelungsdilemmas, vor dem die USA heute stehen: Für Angebote des »Information Service« bestehen nämlich keine Must-carry-Verpflichtungen. Gegenwärtig wird zwar darüber nachgedacht, dies zu ändern. Der Vorsitzende der FCC stößt auch mit diesem Plan jedoch auf erheblichen Widerstand.

2. Die Situation in Deutschland

Das deutsche Recht kämpft mit derartigen Einordnungsproblemen nicht. Es stuft das Angebot von Transportleistungen für Internetdienste – konsequenterweise – nicht als Informationsdienst, sondern als Telekommunikationsdienst (§ 3 Nr. 24 TKG) ein⁵². Die Internet Service Provider sind damit den Regelungen des TKG grundsätzlich vollumfänglich unterworfen. Das TKG hält auch durchaus Regulierungsermächtigungen vor, mit denen Internet Service Provider zur Eröffnung des Zugangs zu ihren Leitungen gezwungen werden können. Rechtstechnische Hebel sind dafür die Vorschriften über die asymmetrische Zugangsregulierung, insbesondere § 21 TKG und § 18 TKG.

a) Durchsetzung des Gedankens der Netzneutralität mit den Instrumenten des bestehenden TKG

§ 21 TKG hat dabei den Zugang von Unternehmen im Auge, die selbst Telekommunikationsdienste, also Transportdienste, etwa Telefonie oder DSL, erbringen wollen (§ 3 Nr. 32 und Nr. 24 TKG). Bei der Frage der Internet-Netzneutralität steht jedoch nicht der mechanische Zugang der Anbieter von Diensten zum Kupferkabel der »letzten Meile« zur Debatte. Sie betrifft vielmehr die darüber liegende Ägide der Wertschöpfungskette in der Telekommunikation: den Zugang der Anwendungsanbieter zum Dienst Internet an sich (im Unterschied zum Zugang konkurrierender Telekommunikationsanbieter). Die Diskussion gleicht daher weniger derjenigen um die Entbündelung der »letzten Meile« als um die Terminierung (Zustellung) von Telefonanrufen. Es geht um die Terminierung von Datenverbindungen von Anwendungsanbietern bei den Endkunden der Internet Service Provider. Inhaltsanbieter wollen nicht selbst einen Telekommunikationsdienst anbieten. Sie übertragen keine Signale (vgl. § 3 Nr.

⁵¹ Schlauri (Fußn. 4), S. 222; Filomena Chirico/Ilse van der Haar/Pierre Larouche, Network Neutrality in the EU, TILEC Discussion Paper No. 2007-030, 2007, S. 23.

⁵² Davon ist die Frage zu unterscheiden, ob Inhaltsangebote der Internetdienstleister Telekommunikationsdienste i. S. des TKG sind. Das ist zu verneinen. Vergleiche dazu unten b) im Text.

24 TKG). Das gilt grundsätzlich auch für VoIP-Anbieter.⁵³ Sie sind vielmehr auf die Übertragung von Signalen durch Dritte angewiesen. Der Zugang der Inhaltsanbieter zum Netz fällt daher nicht unter den Zugang im Sinne des § 21 i. V. mit § 3 Nr. 32 TKG. Damit ist die Vorschrift zur Verteidigung des Gedankens der Netzneutralität keine Hilfe – einmal abgesehen davon, dass § 21 TKG überhaupt nur auf marktbeherrschende Unternehmen (also im Wesentlichen die Deutsche Telekom AG) in vorab definierten Märkten anwendbar ist.⁵⁴

Bei § 18 TKG scheint sich das anders zu verhalten: Die Vorschrift ist auch auf *nicht* marktbeherrschende Unternehmen anwendbar. Sie gilt für alle Unternehmen, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren. Ihr geht es um die Kontrolle über den Netzanschlusspunkt. Sie steht damit im Dienst der Sicherung eben jenes Ende-zu-Ende-Prinzips (vgl. auch § 18 Abs. 1 Satz 2 TKG a. E.), das auch die Netzneutralität im Auge hat. Soweit es zur Gewährleistung des Ende-zu-Ende-Verbunds erforderlich ist, kann die Bundesnetzagentur danach Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze über § 20 TKG hinaus Zugangsverpflichtungen (Abs. 1) sowie Diskriminierungs- (Abs. 2 Satz 1) als auch Missbrauchsverbote (Abs. 2 Satz 2) auferlegen. Die Vorschriften knüpfen jedoch an die Diskriminierung von *Betreibern* öffentlicher Telekommunikationsdienste an. Inhaltsanbieter, um die es der Netzneutralität ausschließlich bestellt ist, sind jedoch keine Betreiber, sondern *Nutzer* öffentlicher Telekommunikationsnetze. § 18 TKG ist nur auf Transportleistungen, nicht auf Inhaltsdienste anwendbar.⁵⁵ Die Vorschrift scheidet (ebenso wie § 16 TKG, der ebenfalls ausschließlich eine Verpflichtung der Internet Service Provider gegenüber anderen Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze etabliert) als schlagkräftiges Instrument zur Herstellung von Netzneutralität folglich aus.

Immerhin lässt sich das Missbrauchsverbot des § 42 TKG in Stellung bringen. Die Vorschrift geht einerseits weiter als die §§ 18, 21 TKG. Denn sie nimmt nach ihrem Wortlaut *alle Unternehmen* unter ihren Schutzschirm und will diese vor einem Missbrauch von Marktmacht schützen. Aber die Vorschrift ist zugleich insoweit enger, als sie nur marktbeherrschende Unternehmen adressiert (§ 3 Nr. 4 i. V. mit § 11 Abs. 1 Satz 3-5 TKG) – und das nur in regulierungsbedürftigen Märkten, die als solche

⁵³ Vgl. dazu Mario Martini/Georg v. Zimmermann, CR 2007, 368 (370 ff.).

⁵⁴ Vgl. etwa Hermann-Josef Piepenbrock, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 3 Rdnr. 74; Bernd Holznagel/Thorsten Ricke, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 3 Rdnr. 43.

⁵⁵ Vgl. dazu für § 18 Abs. 1: Jens Neitzel, in: Spindler/Schuster (Fußn. 54), § 18 Rdnr. 42 f.

sektorspezifisch identifiziert worden sind. Das limitiert ihre Durchschlagskraft als passgenaues Instrument zur Durchsetzung des Gedankens der Netzneutralität erheblich. Nichts anderes gilt für das entgeltspezifische Missbrauchsverbot des § 28 TKG, das prima facie grundsätzlich geeignet erscheint, die Erhebung von Wegezöllen gegenüber Inhaltsanbietern rechtlich einzuhegen. Auch diese Vorschrift setzt eine marktbeherrschende Stellung des Unternehmens in einem der definierten Märkte voraus. Darüber hinaus ist mehr als zweifelhaft, ob Inhaltsanbieter »Nachfrager von Telekommunikationsleistungen« im Sinne der Vorschrift des § 28 Abs. 1 Nr. 3 TKG sind. Denn das TKG meint damit nur solche Unternehmen, die vom marktmächtigen Unternehmen eine gleichartige oder ähnliche Telekommunikationsdienstleistung, also den Transport von Signalen, beziehen wollen. Das ist bei Inhaltsanbietern jedoch nicht der Fall. Die TKG-Vorschriften zur Entgeltregulierung haben namentlich die Schutzbedürfnisse konkurrierender Telekommunikationsdienste-Anbieter vor Augen. Das bringt nicht zuletzt § 27 Abs. 1 TKG zum Ausdruck: Ziel der §§ 27 ff. TKG ist danach der Schutz von Endnutzern und Wettbewerbern. Inhaltsanbieter fallen darunter nicht.

Das bestehende TKG hält danach keine ausreichenden legislativen Instrumente vor, um dem rechtspolitischen Ziel der Netzneutralität hinreichend schlagkräftig zum Durchbruch zu verhelfen.

Immerhin sieht das allgemeine Kartellrecht in den §§ 19 und 20 GWB spezifisch auf die Situation des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen vertikal integrierter Unternehmen gerichtete Verbotstatbestände vor. Insbesondere stuft es die Verweigerung des Zugangs zum eigenen Netz oder anderen Infrastruktureinrichtungen grundsätzlich als missbräuchlich ein (§ 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB). Die Normen knüpfen aber ebenso ausschließlich an eine marktbeherrschende Stellung an. Sie vermögen damit gegenüber Verletzungen des Gedankens der Netzneutralität, die von nicht marktbeherrschenden Internet Service Providern ausgehen, ihrem Wesen nach keinen wirksamen Schutz vermitteln. Der Begriff der marktbeherrschenden Stellung mag dabei im Kartellrecht durchaus weiter als im Telekommunikationsrecht verstanden werden. Denn wenn als relevanter Markt im Kartellrecht nicht der Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für Breitbanddienste (mit den Marktbeteiligten: Internet Service Provider und Netzinhaber), sondern der Markt für den Zugang zum Endanwender (mit den Marktbeteiligten: Internet Service Provider und Anwendungsanbieter) herangezogen wird, verfügen die Internet Service Provider gegenüber den Anwendungsanbietern möglicherweise schon wegen ihres

Terminierungsmonopols über eine marktbeherrschende Stellung.⁵⁶ Für eine solche genügt die fehlende Duplizierbarkeit der Einrichtung allein jedoch nicht. Sie besteht erst bei überragender Marktstellung für den Zugang zum Endkunden auf dem Markt für Internet Service Provider. Und das trifft nur auf eine kleine Minderheit von Netzbetreibern zu. Auch unter Zugrundelegung einer marktbeherrschenden Stellung der Internet Service Provider für den Zugang zum Endkunden wären die §§ 19 und 20 GWB darüber hinaus kein wirksames Instrument zur Unterbindung von »Wegezöllen« gegenüber Inhaltsanbietern, da solche Zahlungen regelmäßig keinem Missbrauch, sondern einer auch in anderen Branchen üblichen Verteilung der Kostenlasten entsprechen. Soll der Gedanke der Netzneutralität rechtspolitisch umfassend durchgesetzt werden, erweist sich das nationale Recht damit als zu stumpfes Schwert.

b) Neuer Regulierungsrahmen der Europäischen Union und des deutschen Gesetzgebers

Die Europäische Union hat aber kürzlich ein schärferes Schwert geschmiedet. Sie hat Ende 2009 eine Novelle des sekundärrechtlichen EU-Rechtsrahmens für Telekommunikation⁵⁷ auf den Weg gebracht. Diese gibt in einer Internetfreiheits-Klausel ein verstecktes Bekenntnis zum politischen Ziel der Netzneutralität ab.⁵⁸ Der Internetzugang soll den Verbrauchern die Möglichkeit eröffnen, »beliebige Anwendungen und Dienste zu benutzen sowie Informationen abzurufen und zu verbreiten« (Art. 8 Abs. 4 lit. g Rahmenrichtlinie), heißt es dort.

Zu diesem Behufe fordert der Regelungsrahmen von den Internet Service Providern ein neues Maß an Transparenz und Vertragsflexibilität ein. Der Verbraucher soll in die Lage versetzt werden, eine sachkundige Wahl zwischen konkurrierenden Dienstleistern zu treffen. Er wird als »Wächter« der Netzneutralität auf den Posten gestellt, in einem funktionierenden Markt wettbewerbsfeindliches Verhalten der Internet Service Provider zu sanktionieren. So sollen diejenigen Voraussetzungen sichergestellt werden, die die disziplinierende Kraft des Wettbewerbs handgreiflich werden lassen. Vor dem Hintergrund der oben (unter III.2) herausgearbeiteten Defizite bzw. Funktionsbedingungen des Wettbewerbs als Garant von Netzneutralität ist dieses Regulierungskonzept konsequent, setzt doch die Effizienzkraft des Marktes eine informierte Entscheidung und Handlungsflexibilität der Akteure voraus.

⁵⁶ In diese Richtung wohl *Schlauri* (Fußn. 4), S. 154 f.

⁵⁷ RL 2009/136/EU des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 337 vom 18. 12. 2009, S. 11 ff.); RL 2009/140/EU des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 337 vom 18. 12. 2009, S. 37 ff.). Vgl. dazu auch *Alexandra Klotz/Robert Brandenburg*, MMR 2010, 147 ff.

⁵⁸ Vgl. auch Erklärung der Kommission zur Netzneutralität, ABl. EU Nr. C 308 vom 18. 12. 2009, S. 2.

Dazu gehört als zentraler Baustein insbesondere die Erleichterung des Anbieterwechsels. Künftig müssen die Internet Service Provider den Wechsel innerhalb eines Werktages ermöglichen, der Nutzer darf seine bisherige Nummer behalten – Art. 30 Abs. 1, 4 Universaldienstrichtlinie (im Folgenden: UnivD-RL). Die maximal zulässige Vertragsbindungsfrist wird auf 24 Monate begrenzt (Art. 30 Abs. 5 UnivD-RL). Die Vertragsbedingungen und Verfahren der Vertragskündigung dürfen im Übrigen den Anbieterwechsel nicht erschweren (Art. 30 Abs. 6 UnivD-RL).

Herzstück der Regelungsstrategie ist eine Informationspflicht der Netzbetreiber: Sie müssen die Verbraucher schon vor Vertragsschluss über die genaue Art der Dienste, eine evtl. eingesetzte Verkehrssteuerung sowie die Kontrolle und Messung der Datenqualität und deren Folgen für die Qualität einzelner Dienste sowie über andere Beschränkungen, etwa Höchstbandbreiten oder Höchstgeschwindigkeiten, unterrichten (Art. 20 Abs. 1 lit. b Spstr. 3 und 4, Art. 21 Abs. 3 lit. d UnivD-RL). Insbesondere müssen sie offenlegen, wenn sie Techniken des Netzwerkmanagements anwenden (Art. 21 Abs. 3 lit. d UnivD-RL). Im Umkehrschluss folgt daraus zugleich, dass Bandbreitenmanagement grundsätzlich erlaubt ist. Art. 22 Abs. 3 der UnivD-RL ermächtigt nationale Behörden aber, eine Mindestqualität für Netzübertragungsdienste vorzuschreiben, um eine Verschlechterung der Dienste oder Behinderung bzw. Verlangsamung des Datenverkehrs zu verhindern. Die Regulierer dürfen mit anderen Worten eingreifen, wenn sie die Netzneutralität in Gefahr sehen.

Die Union versteht ihre Regelungsstrategie als Teil einer gleichsam experimentellen Gesetzgebung: Die Kommission will die weitere Entwicklung beobachten und dem Europäischen Parlament und dem Rat regelmäßig Bericht erstatten.

Die unionsrechtlichen Vorgaben hätten bis zum 25. 5. 2011 in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Der deutsche Gesetzgeber hat seine Hausaufgaben (einmal mehr) nicht rechtzeitig erledigt. Unmittelbare Wirkung entfaltet die Richtlinie zulasten der Netzbetreiber grundsätzlich nicht. Denn die Verpflichtungen, die sie begründet, sind horizontaler Natur.⁵⁹ Aber ein Vertragsverletzungsverfahren droht.

⁵⁹ Vgl. aber die Besonderheiten und Einschränkungen des Verbots unmittelbarer Richtlinienwirkung in der Rechtssache Wells EuGH Rs. C-201/02, Slg. 2004, S. I-723, Rdnr. 54 ff. sowie Unilever Italia EuGH, Rs. 443/98, Slg. 2000 S. I-7535, Rdnr. 31 ff.

Immerhin hat die Bundesregierung jüngst ein Gesetzgebungsverfahren auf den Weg gebracht.⁶⁰ Der Begriff der Netzneutralität taucht in dem Entwurf zwar nicht auf. Aber in Übereinstimmung mit dem Richtlinienpaket schreibt das TKG erstmals – wenn auch etwas versteckt – die Netzneutralität in der Sache als politisches Ziel der Regulierung fest: »Die Bundesnetzagentur fördert die Möglichkeit der Endnutzer, Informationen abzurufen und zu verbreiten oder Anwendungen und Dienste ihrer Wahl zu nutzen« (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG-E).⁶¹ Der Gesetzgeber beabsichtigt den unionsrechtlichen Vorgaben mit einer zurückhaltenden, auf eine Vorratsgesetzgebung verzichtenden Änderungsnovelle zu folgen, die nur punktuell über die zwingenden Umsetzungsverpflichtungen hinausgeht. Das neue TKG wird damit die unionsrechtliche Regelungsstrategie der Transparenz und Wechselflexibilisierung nahezu buchstabengetreu spiegeln. Das gilt nicht nur für die vorgeschriebenen kurzen Vertragslaufzeiten (§ 43b TKG-E)⁶², den schnellen Anbieterwechsel und die Nummernportabilität (§ 46, § 43a Abs. 1 Nr. 8 TKG-E), sondern auch für das Gebot klarer und verständlicher Anbieterinformationen über das Mindestniveau der Dienstqualität (§ 45n Abs. 2 Nr. 3 TKG-E), die wichtigsten Leistungsdaten der Telekommunikationsdienste (§ 43a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 TKG-E) und die vom Anbieter ergriffenen Maßnahmen zur Messung und Kontrolle des Datenverkehrs (§ 45n Abs. 4 Nr. 4 TKG-E).⁶³ Die Schlagkraft der Transparenzregelungen ergänzend dadurch abzusichern, dass sich an gravierende Veränderungen der bei Vertragsabschluss festgelegten Regeln ein Sonderkündigungsrecht der Kunden knüpft, erscheint darüber hinaus sinnvoll. Wichtige Weichenstellungen zur Sicherung des Netzneutralitätsgedankens legt der Gesetzgeber im Wege der Verordnungsermächtigung in die Hände des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie bzw. im Wege der Subdelegation in die Hände der Bundesnetzagentur (namentlich in § 45n TKG-E hinsichtlich der Transparenz und Veröffentlichung von Informationen und in § 45o TKG-E hinsichtlich der Anforderungen an die Dienstqualität und zusätzliche Dienstmerkmale zur Kostenkontrolle).

Die Voraussetzungen für den Erfolg dieser defensiven, auf Transparenz setzenden Regelungsstrategie sind in Europa deutlich günstiger als in den USA, hat sich hierzulande doch – anders als dort – bereits ein intensiver Wettbewerb zwischen den Internet Service Providern etabliert. Der Zwang zur Transparenz und die Offenlegung von Seitenzahlungen können eine disziplinierende Wirkung entfalten, die Marktteilnehmer sensibilisiert und dadurch für

⁶⁰ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen, BT-Drucks. 17/5707, S. 1 ff.

⁶¹ BT-Drucks. 17/5707, S. 8 und 81.

⁶² In Zukunft ist die Vertragslaufzeit bei Erstverträgen auf höchstens 24 Monate beschränkt (§ 43b Satz 1 TKG-E). Die Betreiber müssen auch Verträge mit einjähriger Laufzeit anbieten (§ 43b Satz 2 TKG-E).

⁶³ Vgl. zu dem Referentenentwurf auch *Holznapel* (Fußn. 35), S. 765 f.

funktionsfähigen Wettbewerb sorgt. Netzneutralität ist damit aber noch nicht verbürgt. Erfahrungen bei der Regulierung des Vertriebs von Investmentfonds bestätigen das. Auch dort setzt sich trotz Informationspflicht der Berater nicht immer das beste, sondern häufig das durch Provisionsanreize protegierte Produkt durch. Ob mehr Transparenz allein bei den Kunden bereits zu mehr Durchblick führt, wird sich insoweit erst noch erweisen müssen. Richtig ist es aber, nicht gleich mit Kanonen auf Spatzen zu schießen, sondern die hochkalibrigen Geschosse erst dann zum Einsatz zu bringen, wenn die defensive Strategie des Rekurses auf die Kräfte des Marktes versagen sollte. Der Gesetzgeber wird die Hände insoweit nicht in den Schoß legen dürfen. Ihn trifft eine Beobachtungspflicht.

V. Regulierungsperspektiven: Wegmarken de lege ferenda empfehlenswerter Regelungsstrategien

Die Antworten des Gesetzgebers auf die von der Netzneutralität ausgelösten Fragen sind nur vorläufige. Das Regulierungsrecht ist weiter auf der Suche nach sachgerechten Lösungen für die Herausforderungen, die das Breitbandmanagement hervorruft. Die Rechts- und Verwaltungswissenschaft sowie die Ökonomie sind aufgerufen, passgenaue zukunftsfähige Regelungskonzepte zu entwickeln, um dem Internet bestmögliche Entfaltungsoptionen angedeihen zu lassen. Hier liegt die eigentliche Herkulesaufgabe: Es gilt eine Antwort darauf zu finden, wann Netzwerkmanagementtechniken das innovationsfördernde Entwicklungspotenzial des Internets in seinem Kerngehalt bedrohen. Denn die Weichen für die Zukunft des Internets werden insoweit heute gestellt.

Ausgangspunkt sollte dabei der Leitgedanke sein: Der Breitbandausbau und die Ausnutzung von Synergieeffekten in den bestehenden Netzen genießen Vorrang vor diskriminierenden Techniken. Noch manches diskriminierungsfreie Potenzial lässt sich hier heben. So könnten durch eine Peering-Verpflichtung die Internet Service Provider dazu verpflichtet werden, im Fall von Belastungsspitzen Datenverkehr auch über andere Betreiber zu lenken. Durch eine solche Abfederung der Spitzenlast könnte eine Quality-of-Service-Lösung womöglich mancherorts entbehrlich werden. Nachzudenken ist auch über Möglichkeiten der Verwebung von Netzanschlüssen durch sog. Mesh-Netze, die einander jeweils unbenötigte Bandbreite zur Verfügung stellen sowie eine Optimierung der Anbindung von Inhaltsanbietern an Backbone-

Knoten via Content Delivery Networks, die ihr Inhaltsangebot ortsnahe auf regionale Server verteilen, um eine höhere Übertragungsqualität sicherzustellen.

Ist dieses Potenzial ausgeschöpft, gilt es die Frage zu beantworten, wo die sachgerechte Grenze zwischen einer »akzeptablen« Maßnahme der Qualitätssicherung und einem unzulässigen Verstoß gegen die Netzneutralität liegt. Drei Differenzierungsebenen sollen hier vorgeschlagen werden, die als Gefahrenzonen einer Bedrohung der Netzneutralität im Hinblick auf ihre unterschiedlichen Problemlagen auseinanderzuhalten sind: Blockierung (unten 1.), die Verlangsamung von Datentransporten (unten 2.) und die Möglichkeit des kostenpflichtigen Endkundenzugangs (unten 3.).

1. Blockierung des Datentransports, insbesondere von Konkurrenzangeboten

Bestimmte Dienste oder Inhalte von der Übertragung über die von einem Internet Service Provider kontrollierten Leitungen auszuschließen, gefährdet die kommunikative Chancengleichheit. Entsprechende Maßnahmen sollten grundsätzlich untersagt sein. Nicht jede Art von Port-Blocking ist aber ausnahmslos zu verteufeln. So kann geradezu auch ein Kunden-Bedürfnis für die Sperrung bestimmter Inhalte bestehen, etwa für die Sperrung bzw. Filterung von Viren sowie anderen Schadprogrammen oder Spammails, welche die Internet Service Provider über ihre Leitungen transportieren. Sinnvoll und denkbar können etwa auch spezifische Angebote für Jugendliche sein, etwa Tarife, die jugendgefährdende Inhalte automatisch blocken. Zulässig sollten derartige Diskriminierungen aber nicht generell sein. Entscheidend und Voraussetzung ist, dass sie auf den Wunsch des Kunden zurückgehen und damit deren Präferenzen abbilden.⁶⁴ Es handelt sich dann um eine privatautonome Wahrnehmung der Informationsfreiheit und der persönlichen Informationsinteressen.

2. Priorisierung bzw. Verlangsamung des Datentransports

Ähnliches sollte im Grundsatz für die »sanfte Blockierung«, d. h. die gezielte Verlangsamung bzw. Priorisierung einzelner Anwendungen gelten: Sie sollte untersagt sein – auch dies jedoch nicht ausnahmslos. Denn es schösse über das Ziel hinaus, den Netzbetreibern die Möglichkeit eines Netzwerkmanagements vollends aus der Hand zu schlagen. Bei hoher Auslastung des Netzes kann es sinnvoll sein, solche Anwendungsklassen zu priorisieren, die für ihre

⁶⁴ Zwiespältig ist insofern die Ausblendung von Werbung. Sie entspricht zwar dem Kundeninteresse, kann aber das Geschäftsmodell der Anwendungsanbieter zerstören und den Internet Service Providern einen Anreiz vermitteln, unliebsame Konkurrenz im Internet subkutan auszuschalten.

Funktionsfähigkeit auf eine zeitgerechte Übertragung angewiesen sind, wie etwa VoIP oder Live-Videos, und umgekehrt weniger qualitätssensitive Anwendungen zu verlangsamen. Dadurch wird ein intelligentes Netzmanagement möglich. Der Einsatz transparenter Vorfahrtsregeln sollte insofern Providern erlaubt sein – dies allerdings unter der Voraussetzung der Erforderlichkeit und der diskriminierungsfreien Anwendung. Es sollte das Prinzip der Dienstklassen-Neutralität gelten: *Zwischen* Dienstklassen (z.B. E-Mail, VoIP, IP-TV) darf sich die Übertragungsgeschwindigkeit der Daten unterscheiden. Aber *innerhalb* der Dienstklassen muss jede Form der Differenzierung – nach Inhalt, Urheber etc. – unterbleiben. Die Herausforderung und Kunst liegt dann in einer überschneidungsfreien Definition von Dienstklassen, die eine reibungsfreie Datenübergabe zwischen den Netzen ermöglicht. Denn in der dynamischen Welt des Internets schwimmen viele Nutzungsformen; überdies lässt sich heute kaum absehen, welche Dienste sich in drei oder vier Jahren entwickeln werden. Was schwierig ist, ist deshalb aber noch nicht unmöglich. Es existiert ein sachgerechtes Differenzierungskriterium zur Kategorisierung der Dienstklassen: die Angewiesenheit des Dienstes auf zeitgerechte Übertragung. Auf seiner Grundlage lassen sich bei aller Dynamik des Internets sachgerechte Vorfahrtsregeln, gleichsam eine StVO des Internets, entwickeln und (international abgestimmt) in einer Rechtsverordnung dynamisch und zeitnah anpassen. Denkbar ist es auch, die Festlegung von Priorisierungen einzelner Anwendungen oder Anwendungsarten der Präferenzentscheidung der Nutzer zu überantworten. Den Internet Service Providern die Freiheit eines sachgerechten Netzwerkmanagements anzuvertrauen,⁶⁵ ist demgegenüber ein rechtspolitisches Wagnis. Verantwortbar ist es nur dann, wenn der Regulierungsbehörde eine Einzelfallkontroll- und Eingriffsbefugnis gegenüber sachlich nicht gerechtfertigten, insbesondere diskriminierenden Geschäftspraktiken eröffnet wird.

Ist in Überlastzeiten eine Verkehrssteuerung und damit Diskriminierung sachgerecht und zulässig, muss es umgekehrt in solchen Phasen, in denen das Netz nicht durch Spitzenlasten überfordert ist, bei dem Prinzip gleicher und bestmöglicher Übertragung, dem eine gleiche Übertragung sicherstellenden »Best-Effort-Zugang«, bleiben. Denn für Vorfahrtsregeln besteht dann keine sachliche Rechtfertigung.

⁶⁵ In diesem Sinne aber wohl FCC (Fußn. 47), S. 47 ff.

3. Kostenpflichtigkeit des Zugangs zum Endkunden – entgeltliche Priorisierung

Dass der goldene Weg in der Mitte liegt, gilt auch für die Grenzen zulässiger Preisdifferenzierung. Den Netzbetreibern dürfte es nicht schwer fallen, einen »Wegezzoll« für den Zugang zu ihrer Kundschaft bzw. für die Übertragung einer Anwendung gemäß den spezifischen Qualitätsanforderungen am Markt durchzusetzen. Denn sie verfügen als Mittler zwischen Anwendungsanbieter und Kunde über eine Gatekeeper-Position zwischen den Marktseiten, die ihnen ein Terminierungsmonopol zuwachsen lässt. Die unterschiedliche Preiselastizität bei den Endkunden einerseits und den Inhaltsanbietern andererseits durch sog. Ramsey Pricing optimal auszuschöpfen, ist zwar ein betriebswirtschaftlich rationales Preismodell.⁶⁶ Die Internet Service Betreiber könnten dadurch positive Netzwerkeffekte, also die Vorteile der Nutzung des Netzes, internalisieren und positive Wohlfahrtseffekte zugunsten des physischen Netzes generieren. Es entstehen dadurch aber umgekehrt ungleich größere Wohlfahrtsverluste zulasten der Netzanwendungen. Denn nicht mehr alleine der Nutzer, sondern auch der Internet Service Provider würde über die inhaltliche Ausgestaltung des Internets bestimmen. Im Kampf »mind versus money« würde sich nicht mehr ohne Weiteres das innovativste Produkt durchsetzen. Es käme damit zwar zu einer verursachergerechten Zurechnung von Datentransportlasten, der dafür zu »zahlende« Preis einer Einbuße an schöpferischer Innovationskraft des Internets und seiner kommunikativen Chancengleichheit wäre aber unverhältnismäßig hoch. Denn das Interesse der Gesellschaft an Innovationen und einem höheren Anwendungsnutzen des Internets übersteigt das Interesse an einer effizienten Ausnutzung der Telekommunikationsinfrastruktur und niedrigeren Preisen für den Internetzugang.⁶⁷

Das bedeutet: Den Internet Service Providern sollte es nicht gestattet sein, den Zugang der Anwendungsanbieter zu ihren Kunden von der Entrichtung einer »Transitmaut« abhängig zu machen. Das schließt auch die Erhebung von Preisen für bevorzugende Qualitätssicherungsmaßnahmen zu Gunsten einzelner Anbieter aus. Denn ein »pay for priority« würde durch die Hintertür das ermöglichen, was das Verbot einer Bepreisung von

⁶⁶ Vgl. Dewenter (Fußn. 11), S. 142 f.; Schlauri (Fußn. 4), S. 164 f.

⁶⁷ Viktória Kocsis/Paul de Bijl, International Economics and Economic Policy 4 (2007), 159 (167 f.).

Inhaltsanbietern verhindern soll: eine Gefährdung des Modells niedriger und symmetrischer Marktzutrittskosten und damit der Vielfalt der Anwendungen im Internet.

Nicht ausgeschlossen, vielmehr sinnvoll und sachgerecht sind demgegenüber *von den Endkunden* erhobene Preise für Qualitätsdienste (Premium Service) sowie volumenbasierte Tariffdifferenzierungen der Internet Service Provider, die an Quantitäten des in Anspruch genommenen Datenverkehrs anknüpfen – oder gedeckelte Flatrates, wie sie im Mobilfunkbereich üblich geworden sind, also solche Tarife, die nur bis zu einer bestimmten Datenmenge von dem Grundpreis erfasst sind und exzessive Nutzung kostenpflichtig machen. Für viele Apologeten strikter Netzneutralität sind solche Preismodelle zwar ein rotes Tuch. Ähnlich wie Flug- und Bahngesellschaften unterschiedliche Komfortklassen mit Tariffdifferenzierungen anbieten, können sie aber auch im Bereich des Internets ein sinnvolles Instrument der Effizienzsteuerung zur Bekämpfung von Übertragungsengpässen sein. Die Ursache der Überlastung wird dann insbesondere auf der Grundlage der Kundenpräferenzen an ihrer Quelle bekämpft und nicht in ihren Symptomen korrigiert. Die preislich gestaffelten Tarife könnten etwa anknüpfen an Spitzenlasten bei Daten-Verkehrsstau oder die Gewährleistung eines Quality of Service für bestimmte Dienste oder Dienstklassen, wie z. B. IP-TV. Bei dem Hang der Deutschen zur Flatrate dürften diese Modelle zwar am Markt nicht leicht durchsetzbar sein. In anderen Ländern, wie etwa Australien, ist das aber durchaus gelungen. Es handelt sich insoweit vor allem um eine Frage marktgerechter tariflicher Preisgestaltung und des Leidensdrucks der Kunden bei bewusster Wahrnehmung der Transportkapazitätsgrenzen im Internet.

VI. Fazit

Netzneutralität ist nicht immer ein Segen und nicht immer ein Fluch. Sie hat als Regulierungsziel eine Chamäleon-Struktur. Zwar überzeugt ihre Grundidee. Sie entpuppt sich im Grundsatz als ein sinnvolles Architekturprinzip der Internetregulierung, das einem digitalen Faustrecht Grenzen zu setzen vermag. *Strikte* Netzneutralität, also die Ächtung jeglichen Netzmanagements, schüttet das Kind jedoch mit dem Bade aus. Es verhindert sinnvolle Maßnahmen des Netzwerkmanagements, die innovative Dienstleistungen des Internets erst möglich machen. In einem modernen Netz müssen nicht alle Anwendungen notwendig gleich schnell transportiert werden, sind doch auch nicht alle Anwendungen gleich. Intelligentes Netzwerkmanagement kann die Effizienz der Netzstruktur steigern und damit das Internet als Grundlage von Innovationen stärken.

Es gilt aber sicherzustellen, dass die Internet Service Provider Netzmanagement nicht als Freibrief zur Diskriminierung von Wettbewerbern missbrauchen. Denn letztlich schaden sie damit nicht nur den Konkurrenten, sondern auch den Verbrauchern und der Innovationskraft des Internets insgesamt. Jede Einwirkung auf das Funktionsprinzip der Konnektivität, nach dem das Internet bisher arbeitet, kann seine Funktionsweise und seinen Charakter grundlegend verändern. Das Internet gleicht insoweit einem Fallschirm: Es funktioniert nur zuverlässig, wenn es offen ist. Die technischen Mittel, es gleichsam zum Absturz zu bringen, stehen den Netzbetreibern heute zur Verfügung.

Ein blindes Vertrauen auf die Effizienzkraft des Marktes ist insoweit nicht gerechtfertigt: Strukturvoraussetzungen für funktionierenden Wettbewerb zu schaffen, ist zwar eine kluge und notwendige Regelungsstrategie. Sie ist aber als solche nicht hinreichend. Intensiver Wettbewerb ist keine absolute Garantie für Netzneutralität.

Gegenwärtig lassen sich die Gesetzgeber demgegenüber von der Maxime leiten: »We cross the bridge, when we come to it«. Die Brücke wird früher oder später kommen. Soviel ist sicher. Wie gefahrträchtig die Überquerung des Flusses wird, hängt auch von den Vorbereitungen ab, die heute getroffen werden. Oder um es mit Sophokles zu sagen: »Wir müssen dafür sorgen, dass die Brücke nicht schmaler ist als der Fluss«.

Die Palette der Möglichkeiten, den Gedanken der Netzneutralität in schonender, aber gleichwohl zielgenauer Weise durchzusetzen, ist dabei übrigens größer, als es die bisherige Diskussion glauben macht. Nicht nur unmittelbare, sondern auch mittelbare Maßnahmen sollten dazu gehören. So kann die Netzneutralität im Mobilfunkbereich ergänzend dadurch gesichert werden, dass die Einhaltung der Netzneutralität zur Voraussetzung für die Zuteilung knapper Mobilfunkfrequenzen erhoben wird – eine Chance, die etwa im Zuge der LTE-Versteigerung im Jahre 2010 bedauerlicherweise verpasst wurde; im Festnetzbereich kann die Zuteilung von Breitbandausbaufördermitteln von der Einhaltung der Prinzipien der Netzneutralität abhängig gemacht werden. Auch die Möglichkeiten eines Selbstverpflichtungsabkommens, wie es in Norwegen bereits wegweisend praktiziert wird,⁶⁸ gilt es als denkbare Steuerungsressource auszuloten.

⁶⁸ *Norwegian Post and Telecommunications Authority, Network neutrality - Guidelines for Internet Neutrality, 1.0, 2009.*

Leitmaxime aller Regulierungsstrategien sollte die Sicherung niederschwelliger und gleicher Marktzutrittschancen für neue Inhaltsanbieter als Erfolgsgarant und Funktionsbedingung des Internets sein. Die Präferenzen der Kunden gilt es, zum Maßstab für die Entscheidung über etwaige Priorisierungen und Sperrungen im Datenverkehr zu erheben. *Sie* sollen über Erfolg und Misserfolg im Netz entscheiden, nicht die Netzbetreiber. Deshalb sollten die Internet Service Providern von den Inhaltsanbietern auch keine Entgelte für die Datenübertragung im Sinne eines Multi-Sided-Pricing fordern dürfen. Solche Preise wären zwar ökonomisch effizient, würden aber die egalitären Beteiligungs- und Gestaltungsmöglichkeiten des Internets als partizipatorische »Infrastrukturressource« der Demokratie sowie seine ökonomische Innovationsdynamik gefährden. Deren Wert übersteigt bei einer volkswirtschaftlichen und gesellschaftlichen Gesamtbilanz den Wert einer effizienten und kostengünstigen Netzinfrastruktur. So wie sich eine nutzerdefinierte Architektur als einer der Garanten des Erfolgs des Internets erweist, empfiehlt sie sich auch als Schlüssel zur Regulierung von Netzneutralität.

Das Internet ist kein kranker Patient. Es braucht keine starke Arznei. Um es gesund zu erhalten, braucht es Wachsamkeit und sanfte Medizin des Gesetzgebers in homöopathischen Dosen viel mehr als eine Operation am offenen Herzen durch einschneidende regulatorische Eingriffe. Auch hier verhält es sich wie in der Medizin: Die Dosis macht das Gift.